DELL'"ACTIO,,
"REI UXORIÆ,,

DISSERTAZIONE

DEL

D.R ANTONIO LONGO

PRESSO ERMANNO LOESCHER
ROMA - TORINO - FIRENZE
1885.

PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA
Legato Anselmi
OA. - b -
631

omaggio deferente dell'A
Salerno, 9 Sett. 85

DELL'"ACTIO,,

"REI UXORIÆ,,

DISSERTAZIONE

DEL

D.r ANTONIO LONGO

PRESSO ERMANNO LOESCHER

ROMA - TORINO - FIRENZE

1885.

PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA

Tipografia dello " Statuto „

AL SUO AMICO

Prof. V. E. ORLANDO

I.

INTRODUZIONE.

Nell'antico dritto Romano può veramente dirsi che il caso della restituzione della dote fosse non solo eccezionale, ma, quel che è più, indipendente dal concetto di dote ed estraneo a questo istituto giuridico.

Fondamentale invece era l'opposto principio: *Dotis causa perpetua est;* la dote passava irrevocabilmente al marito di cui diventava assoluta proprietà. Del che a noi sembra suprema ragione essere l' indole severamente organica della famiglia romana, vera monade della *respublica* sulla quale il *pater familias* non esercitava solo quell'autorità domestica quale ai giorni nostri si concepisce, ma derivata altresì da ragioni di indole politica.

I matrimoni generalmente si contraevano colla *manus;* per il che, sciolto il matrimonio per morte del marito, il diritto ereditario che la moglie avea al pari

di un figlio, bastava a provvedere alle economiche esigenze della donna. Se poi il matrimonio si scioglieva per divorzio, questo presupponeva in ogni caso la colpa della moglie ed era naturale che, in pena del suo fallo, dovesse perdere le sue patrimoniali spettanze.

Poteva bensì darsi il caso che un' apposita stipulazione imponesse al marito l'obbligo di restituire la dote, sciolto il matrimonio; ma ciò era pel principio generale che ognuno può dettar legge alla cosa propria e valevano allora le generali disposizioni concernenti la forma rigorosa dell'obbligazione romana e la maniera di richiederne l'adempimento, cioè l'*actio ex stipulatu*. Sul quale argomento noi non ci diffonderemo a lungo, sia per non nuocere all'economia del lavoro, sia perchè va alla materia applicato quanto all' *actio ex stipulatu* si riferisce: argomento codesto che sfugge ai limiti del nostro tema. Diremo quindi per sommi capi gli effetti principali di quest'*actio ex stipulatu*; cosa indispensabile per avere chiara intelligenza di questo mirabile sviluppo per cui, dalla regola che la dote non andasse restituita, si venne allo opposto principio. Il primo carattere di quest' *actio* è di essere eminentemente patrimoniale, per il che competeva solo allo stipulante e agli eredi di esso, sì che la donna non vi avea dritto se non in quanto eventualmente fosse erede dello stipulante medesimo (*a*).

(*a*) L. 29, pr. D. soluto matrimonio, 24, 3.

Affine a questo concetto è quello della *præceptio dotis*, per la quale se il *promissor* non era il marito, alla morte di lui i diritti e gli obblighi passavano ai coeredi, se non che, per ragion di equità, il marito lucrava la dote per via della *præceptio* (*b*); restando però sempre obbligati, di fronte allo stipulante, tutti i coeredi del *promissor*. Altre conseguenze dell' indole rigorosa dell'*actio ex stipulatu* sono: 1. Nessuna ritenzione competeva al marito meno per le spese necessarie (*c*). 2. La restituzione dovea farsi immediatamente e senza dilazione, dopo sciolto il matrimonio (*d*). 3. Morto il marito, istituendo eventualmente un legato in favore della moglie, questa potea pretenderlo contro gli eredi del marito senza per nulla menomare il diritto alla restituzione; 4° infine non competeva al marito il beneficio della competenza (*e*).

Però lo sviluppo storico della società romana fè si che quelle ragioni onde era prevalsa la regola essere perpetua la causa della dote, venissero mano mano scemando e perdendosi. La vigorosa unità della famiglia romana venne meno col venir meno dell' antico rigore e dell'antica disciplina; i matrimonii liberi si moltiplicarono, e in essi, sciolto il matrimonio per morte

(*b*) L. 7, § 3, de dote praelegata, 33, 4. L. 20, § 2, L. 46, 51 pr. D. familiae erciscundae 10, 2.

(*c*) Arg. L. un § 5, C. de r. u. actione, 5, 13.

(*d*) Arg. L. un § 7, C. eod. tit.

(*e*) L. un § 3. C. eod. tit.

del marito, alla moglie non soccorreva, almeno nei primi tempi, alcun diritto successorio.

Ma vi era di peggio: quella corruttela che si lamenta negli ultimi tempi della repubblica romana, avea reso enormemente numerosi i divorzi; nè questi per colpe gravi della moglie, ma per futili motivi ed anche per l'arbitrio del marito. S'intese allora urgente il bisogno di provvedere al sostentamento della moglie: e, piccolo cominciamento di grande riforma, sul principiare del sesto secolo di Roma, troviamo notizia di un' *actio rei uxoriæ* la quale si risolveva non già nella restituzione vera e propria della dote, ma piuttosto in un'*arbitrium* per cui il giudice, ponderati i fatti e colla sola scorta dell'equità, *aequius melius*, dava dritto alla moglie di percepire qualche cosa sulla sua dote (*f*) principio il quale, introdotto dapprima pel caso del divorzio, si estese anche a quello dello scioglimento del matrimonio per morte del marito. E che questo passo importantissimo si fosse già fatto al cominciare del secolo settimo di Roma, è lecito indurlo dalla L. 66, pr. D. 24,3 in cui Javoleno riferisce un parere dato da Publio Mucio a favore della vedova di Caio Gracco, cui dice spettare il ristoro del danno sofferto per la perdita delle cose dotali avvenuta nella sedizione che costò la vita al tribuno.

Non è scopo del nostro lavoro tessere la storia di

(*f* Cicerone, de off. 15, 61; pro Roscio IV, 12.

tale istituto; ci basterà riassumerne le basi e i principii più salienti. E fu assai giustamente osservato caratteristica differenziale fra l'*actio ex stipulatu* e quella *rei uxoriæ* essere il carattere patrimoniale della prima e familiare della seconda.

Questa difatti nasceva al fine di soccorrere la moglie; per il che non si trasmetteva agli eredi, meno se il marito fosse in mora: perchè in tal caso gli eredi aveano diritto a quel tanto che la loro autrice avrebbe lucrato senza l'ingiusto ritardo del marito: " post divortium, dice Ulpiano, defuncta muliere, heredi eius actio non aliter datur quam si moram in dote mulieri reddenda maritus fecerit.„ (*g*).

Ma interessante conseguenza di questa indole speciale dell'actio si era che, se la donna era soggetta alla *patria potestas*, il *pater familias* lucrava bensì quanto il marito fosse condannato a restituire, ma non era il soggetto dell'azione. Egli agiva, ma col consenso della figlia, *adiuncta filiæ persona;* la mancanza della presenza in giudizio della figlia lo rendeva radicalmente nullo. Principio, sulle applicazioni del quale le fonti sono rigorosissime (*h*).

Quanto si è detto sull'origine e sui caratteri dell'*actio rei uxoriæ*, spiega altresì come essa presuppo-

(*g*) Ulpiano VI, 7.

(*h*) L. 2 § 1, L. 22 § 1, L. 34 D. soluto matrimonio, 24, 3; L. 7, D. de pact. dot. 23, 4; L. 7 § 1 D. de cap. min. 4, 5; L. 34 § 5, D. de legatis, II.

nesse lo scioglimento del matrimonio, vivente la moglie. Ma il principio novello mano mano faceasi strada; il concetto che il marito non avesse dritto a trattenere la dote se non in quanto sopportava i pesi del matrimonio, facea sì che l'*actio rei uxoriæ* si accordasse anche nel caso di scioglimento di matrimonio per morte della moglie. Si cominciò dal distinguere se la dote fosse profettizia o avventizia, cioè, come sarà meglio veduto più avanti, se proveniente dal padre o da un ascendente paterno o da altri. Nel primo caso accordossi all'ascendente il dritto di ripetere la dote, per la ragione detta abbastanza crudamente da Pomponio che il padre non avesse insieme il dolore di perdere la figlia e la roba (*i*). Ragione alla quale noi invero vorremmo sostituirne un' altra assai più plausibile e più grave; quella medesima cioè che nei primi tempi dell'impero diè luogo a quelle varie disposizioni dirette a tutelare la dote.

Noi accenniamo a quel grave interesse sociale per cui volevasi arginare la esiziale piaga del celibato che la depravazione dei costumi avea cagionato. Ora il lato economico avendo generalmente un grandissimo peso nel determinare i matrimonii , cura precipua del legislatore dovea essere di facilitare ai padri il costituire largamente la dote con la certezza che, morta la figlia, i beni si sarebbero ricuperati.

(*i*) L. 6 pr. D., de iure dotium 23, 3.

Quanto però alla dote avventizia, essa restava al marito: *Adventicia dos semper penes maritum remanet* (*h*). Ma anche il rigore di questo principio venne a temperarsi nella terza ed ultima fase in cui entra questo istituto giuridico, prima di arrivare al periodo Giustinianeo.

Sotto gl'imperatori cristiani tutte le ragioni sociali anzidette erano in gran parte venute meno: si era però fatto strada il principio per cui oramai si sentiva il marito non essere veramente proprietario delle cose dotali, ma amministratore ed usufruttuario *ad matrimonî onera ferenda*. Perciò anche prima di arrivare alla radicale riforma Giustinianea per cui il marito fu in ogni caso tenuto a restituire la dote, troviamo già delle restrizioni imposte al principio che la dote avventizia, morta la moglie, restasse al marito. Tali sono da un lato quelle disposizioni penali per cui il coniuge superstite, passando a seconde nozze, perdea ogni dritto a quanto avesse lucrato dal primo matrimonio (*l*). Una costituzione poi di Valentiniano III stabilisce che sciolto il matrimonio per morte della moglie, si dovesse dal marito restituire mettà della dote al padre e mettà della dote alla madre della defunta (*m*).

Brevi cenni ancora ci resta a dare sopra un' isti-

(*h*) Ulp. VI, 5.
(*l*) L. 3, 5, 7, C. de sec. nuptiis, 5, 9.
(*m*) Nov. Valent. 39. § 2.

tuto il quale contraddistinse questo periodo transitorio circa la restituzione della dote e che venne da Giustiniano abolito, cioè le retenzioni le quali erano accordate al marito quando gl' incombesse di restituire la dote. Esse erano cinque cioè: " *Propter liberos, propter mores, propter impensas, propter res donatas, propter res amotas.* „

1. La *retentio propter liberos* , avveniva quando il matrimonio si scioglieva per divorzio , e fosse stata dichiarata la colpa della moglie. Allora siccome il marito tratteneva i figli, per equità gli veniva accordata sulla dote una ritenzione la quale si abbandonava all' arbitrio del giudice , ma non poteva oltrepassare la metà del patrimonio dotale.

2. Fu accennato come nei primi tempi alla donna, la quale , per la sua cattiva condotta , avesse dato luogo al divorzio, non competesse azione per ripetere la dote. In seguito però anche in qual caso l'azione fu concessa, ma fù al marito accordata una ritenzione detta: *propter mores.*

Una grave quistione qui si agita , di sapere cioè se questa ritenzione potesse esercitarsi cumulativamente con quella *propter liberos*; molto più che l'una e l'altra doveano simultaneamente verificarsi in quanto l'una e l'altra presupponevano il matrimonio sciolto per colpa della moglie. L' economia del presente lavoro ci vieta d'intrattenerci a lungo sopra una quistione la quale non ha che un'importanza storica. Di-

remo solo come opinione più corretta ci sembra quella che ritiene le due ritenzioni potersi cumulare (*n*).

3. Sulla ritenzione che spettava al marito per spese fatte sul patrimonio dotale, avremo ragione di tornare più appresso. Le spese necessarie diminuivano *ipso jure* la dote, non così le spese voluttuarie; quanto alle spese utili, non è ben certo quando e come dessero luogo alla ritenzione: ma è certo che una ritenzione fu accordata, se è vero che Giustiniano dovette abolirla (*o*).

4. La ritenzione per le cose donate era una conseguenza del principio che vietava le donazione fra coniugi; ed era un mezzo per il quale il marito poteva ritenere il valore di ciò che nullamente avea donato.

5. La ritenzione per le cose sottratte dalla moglie durante il matrimonio ebbe poca importanza e pochi sono i frammenti che ci sono rimasti su tale argomento.

Un' ultima differenza che va notata fra l'*actio ex stipulatu* e l'*actio rei uxoriæ* riguardava il tempo della restituzione da poi che, mentre colla prima tutto dovea restituirsi subito sciolto il matrimonio, per la seconda si distingueva. Le cose non fungibili dovevano

(*n*) La contraria opinione si fonda sopra una falsa intelligenza di un passo di Ulpiano VI. 10, 11. Vedi sul proposito Schupfer *La Famiglia secondo il Diritto Romano*, pag. 342 e segg.

(*o*) L. un. § 5 C., de rei ux. actione 5, 13.

restituirsi subito dopo sciolto il matrimonio, ma per le cose fungibili si davano tre termini di un'anno: *annua, bima, trima die.*

Venne la riforma Giustinianea ad affermare e compire quel radicale mutamento che a poco a poco aveva trasformato l'istituto giuridico della dote; coronando questa lunga evoluzione per cui dal principio della non restituzione si viene a quello della restituzione in ogni caso. Non è qui luogo da accennare i principii che tal riforma fe' prevalere, chè ciò formerà oggetto del seguente studio.

Ci basti per ragione cronologica ricordare che essa avvenne in tre fasi successive. Con una prima costituzione del 529 (L. 30 Cod. 5, 12) accordò alla donna una garenzia ipotecaria sulle cose dotali, con la seconda, che è la fondamentale (L. un Cod. 5, 13) abolì l'antica *actio rei uxoriæ*, sostituendone un'altra circondata di tutte le garenzie e i caratteri di un' *actio ex stipulatu,* con la terza finalmente che è del 531 (L. 12 Cod. 8, 18) rese l'ipoteca sudetta generale e privilegiata anche sui beni proprii del marito, e in garenzia della dote.

La lunga ma sempre progressiva elaborazione storica abbiam visto come trasformasse radicalmente i principii che governavano la restituzione della dote: e mentre da prima era regola che la dote restava al marito: *Dotis causa perpetua est*, si venne poi al principio opposto: *Soluto matrimonio solvi mulieri dos debet.*

Se però questo è il principio, è quasi superfluo avvertire come esso e le disposizioni generali di diritto che noi verremo esponendo, potessero soggiacere a delle mutazioni dipendenti dalla volontà delle parti contraenti, le quali potevano persino per contratto stabilire che, sciolto il matrimonio, la dote restasse al marito.

Qualche scrittore moderno vorrebbe ritenere tale patto come nullo: ciò che a noi non sembra, poichè non sappiamo vedere un motivo sufficiente onde imporre questo vincolo alla libertà delle parti, non essendo quel patto contrario alla morale o ai buoni costumi o all'ordine pubblico (*a*).

Riteniamo bensì che l'esistenza di un tal patto fac-

(*a*) Una singolare conferma di tale opinione crediamo potersi trarre dalla L. un § 6 C. 5, 13, dove si dice: *dos non in lucrum mariti cedat* NISI EX QUIBUSDAM PACTIONIBUS, dove si accenna chiaramente al caso che per speciali patti siasi stipulato che la dote resti al marito.

cia venir meno uno dei concetti essenziali del rapporto dotale cioè la restituzione, in quanto che nel concetto moderno la dote è costituita *ad onera matrimonii ferenda*, non già per impinguare definitivamente il patrimonio del marito.

Premesse queste generali avvertenze, veniamo alla trattazione speciale del nostro tema che divideremo in cinque parti cioè:

1. *A chi e contro chi competa l'azione.*
2. *Oggetto di essa.*
3. *Tempo per sperimentarla.*
4. *Privilegii.*
5. *Dritti spettanti al marito.*

I.

A CHI E CONTRO CHI COMPETA

Per sapere a chi spetti intentare l'azione per restituzione di dote, due sono i casi che bisogna distinguere cioè : se lo scioglimento del matrimonio avvenga vivente o morta la moglie.

Sciolto il matrimonio vivente la moglie, cioè per divorzio o per morte del marito, il diritto alla restituzione è della moglie e ad essa compete intentare l'azione, purchè però abbia le generali attitudini giuridiche cioè sia *sui iuris : Solvi mulieri dos debet, hoc si sui juris mulier est,* dice Ulpiano, (ciò che non ha alcun valore per dritto moderno dove il semplice fatto del matrimonio basta a rendere la donna *sui iuris*) Se la donna non è *sui iuris*, al padre spetta intentare l'azione; egli ha dritto di chiedere la restituzione della dote, però col consenso della figlia (*a*).

L'omissione di tale intervento produceva la radicale nullità di ogni atto e il marito continuava ad esser responsabile della dote (*b*). Se però il padre dà alla figlia in seconde nozze la dote, esatta senza il di lei con-

(*a*) L. 2 § 1 L. 4, 34 D. h. t ; L. un § 14 C. de r. u. a. 5, 13; L. 2, 7, C. h. t. 5, 18.

(*b*) Vedi la legge citata nella nota precedente.

senso e la figlia nel contempo agisce contro il primo marito per la restituzione, questa azione verrebbe reietta mediante *l'exceptio doli mali* (*c*).

Il richiedere il concorso della figlia abbiamo visto come sia stato un equo e giusto temperamento introdotto dall'*actio rei uxoriæ* per ottenere che se il padre fosse morto prima che l'actio fosse ancora stata promossa, la dote andasse alla figlia, mentre che per l'*actio ex stipulatu* in cui il consenso della figlia non era richiesto perchè il padre intentasse l'azione, avvenuta la sua morte, la dote si trasmetteva ai suoi eredi.

Giustiniano adottò in tutto il suo rigore il principio e colpì di assoluta nullità l'esazione della dote senza il consenso della figlia (*d*), "licet enim viro quondam tuo pater tuus heres extiterit, attamen iuri tuo hoc derogari non potest, cum et ipse pater sine voluntate tua nec exigere nec accipere dotem poterat. „

Restituita la dote, nel caso che abbiamo in esame cioè che la figlia non sia *sui juris*, quali sono i dritti del padre sulla dote restituita?

Essi variano secondo l'indole della dote, cioè se essa è profettizia o avventizia: occorre quindi prima distinguere e definire esattamente tali due specie di dote.

(*c*) L. 4, L. 34, D. h. t; L. 7, Cod. h. t. 5. 18.
(*d*) L. Cod. h. t. 5. 18.

Profettizia è la dote costituita dal padre o da un ascendente paterno che abbia l' obbligo di dotare la donna. " Profecticia dos est quæ a patre vel parente profecta est. „ (*e*)

Avventizia invece è la dote data da qualunque persona o costituita a se medesima dalla moglie stessa (*f*).

Ora nel primo caso, di dote profettizia, essa torna al padre che l' aveva costituita, con l'obligo però di ricostituirla in dote alla figlia in caso di seconde nozze, semprecchè però il suo patrimonio non sia menomato di tanto da potere tale costituzione assorbirlo o rendere la stessa dote relativamente eccessiva (*g*).

Quando invece la dote è avventizia, il padre ha su di essa quei medesimi dritti che avrebbe in generale su beni avventizii dei figli.

Il secondo caso che devesi considerare è lo scioglimento del matrimonio per morte della moglie. Abbiamo già veduto la distinzione della dote in avventizia e profettizia; e questa distinzione appunto è la base della soluzione per sapere a chi spetti in tal caso il dritto di intentare l'azione.

La dote avventizia, morta la moglie, va senz'altro

(*e*) L. 5. D. de iure dot. 23, 3.

(*f*) Ulp V. § 3. Il Tigerström (cit. da Arndts, Pandette § 405, nota 2) suppone che la dote costituita a sè dalla moglie non si dica *adventicia* ma *dos*, in senso stretto. Una tale opinione però non si regge su fondamento alcuno.

(*g*) Nov. 97, cap. 5.

agli eredi di essa (*h*), al contrario la dote profettizia torna a colui dal quale *profecta est* (*i*), se però il costituente sia in vita. Nel caso che costui sia premorto, allora benchè invero manchi un testo preciso che risponda a tale quesito, pure argomentando dalla espressione larghissima del § 4 L. un. C. 5, 13, (*Maneat ex stipulatu actionis ius ad successores)* può affermarsi che in tal caso la dote andrà sempre agli eredi della moglie.

Ma torniamo a supporre che l'ascendente, che costituì, sia in vita: abbiamo detto che allora la dote devesi ad esso restituire.

Qui sorgono due famose quistioni: l'una cioè se il padre escluda i figli della figlia, l'altra se il dritto alla restituzione spetta anche a quel padre che ha costituito la dote alla figlia emancipata.

É nota la celebre controversia sorta fra Bulgaro e Martino intorno alla prima quistione. Sosteneva Bulgaro che il padre escludesse i figli della figlia mentre Martino diceva dover restare la dote ai figli e perciò al marito.

Ora avvenne che, venuta a morte la moglie di Bulgaro, il padre di costei chiese a Martino un consulto per sapere se o no potesse ripetere la dote. Martino rispose: io non ve la restituirei, ma Bulgaro, se non vuol contradire alla sua dottrina, deve rendervela e se ciò non facesse, io lo prenderei in

(*h*) L. un § 6, 13, Cod. d. r. u. a 5, 13.
(*i*) L. 4 Cod. h. t. 5. 18. L. 6 princ. e 78 D. 23. 3.

cattivo concetto. Ma Bulgaro, fedele a quanto avea sostenuto, restituì spontaneamente la dote.

Come la posterità ha reso onore alla integrità di Bulgaro, egualmente gli ha dato ragione nel campo scientifico. Certo lo sviluppo del Diritto odierno ha fatto prevalere piuttosto la sentenza di Martino; ma limitata la quistione allo esame dei frammenti ed ai principii del diritto romano, la grandissima maggioranza dei romanisti è dovuta convenire col parere di Bulgaro.

La quistione specialmente impegnavasi sulla L. 4, Cod. soluto matrimonio (5,18); così concepita " Dos a patre profecta, si in matrimonio decesserit mulier filia familias ad patrem redire debet. „

Ora, applicando i principii di una sana ermeneutica legale, debbesi ritenere che, quando il senso della legge è chiaro ed esplicito, non è lecito all'interprete di introdurre distinzioni o farvi delle aggiunzioni; e, nel caso concreto, se la legge in quistione dice indistintamente che la dote torna al padre, è un decidere contro di essa il volere sollevare un eccezione che la legge non contiene.

Questo argomento ci sembra decisivo e del resto oramai la quistione ha perduta importanza per la quasi *communis opinio* che si è stabilita sul proposito.

Quanto poi alla seconda quistione se il dritto alla restituzione spetti anche a quel padre che ha costituita la dote alla figlia emancipata, comunque per la

negativa stieno anche preclari scrittori pure a noi sembra preferibile la contraria opinione, che è anche la prevalente. Si è tratta la ragion di dubitare da una espressione della L. un § 13 (in fine) C. 5, 13, che vuolsi faccia dipendere il diritto alla restituzione dalla patria potestà: ma, esaminata meglio quella legge, essa si riferisce ad un' altra quistione, cioè se debbasi o pure no ammettere a favore dell'estraneo che costituisce la dote, il diritto alla restituzione quando non l'abbia espressamente stipulato. Nel definire poi chi s'intenda per estraneo ricorre quella espressione " omnem citra parentem per virilem sexum adscendentem et in potestatem dotandam personam habentem. „

Più forte argomento ci sembra quello che i sostenitori della negativa posson trarre dalla L. 4, C. 5, 18, dove è detto che ritorna al padre la dote profettizia se sia morta la moglie *filia familias*.

Questa parola che si aggiunge sembra in verità che voglia escludere dalla regola la emancipata: e noi dobbiamo confessare di non sapere trovare una ragione sufficiente che concordi questa espressione con la teoria che noi difendiamo.

E che la difficoltà sia ben grave lo prova il fatto che qualcuno ha proposto di sopprimere, nella lettura del passo, quella parola; senza per altro addurre un sufficiente motivo.

Tuttavia non è da maravigliare se noi, malgrado la gravità di quel passo, riteniamo l'opinione contra-

ria per cui il diritto alla restituzione spetta anche a quel padre che ha costituito la dote alla figlia emancipata. L'Arndts il quale, insieme al Bechmann, al Czyhlarz, allo Schupfer, sostiene questa medesima opinione (*l*), si fonda sopra varii passi, i quali in vero non ci sembra che abbiano una vera e decisiva importanza, in quanto essi affermano in generale il principio, ma non sono incompatibili con la apposta eccezione che abbiam visto fondarsi con apparenza di ragione su qualche testo. A noi sembra invece che la quistione si connetta con un'altra, anch'essa gravissima e controversa, cioè se al padre incorre l' obbligo di dotare la figlia emancipata. Poichè una tale quistione concerne altro tema, così noi ci asteniamo dall'occuparcene, pur rilevando come la maggioranza degli scrittori propenda per l'affermativa (*m*).

Or non è chi non vede come, ammessa tale soluzione, inevitabile conseguenza sia di conferire al padre, anche in quel caso, il diritto alla restituzione. Ma a parte anche di questo, a noi sembra che abbia un peso grandissimo la L. 5 § 11, D. *de iure dot.*, e troviamo assai strano come i sostenitori di quella opinione, che anche noi difendiamo, ne tacciano affatto. Ecco come si esprime quella Legge: " *Si pa-*

(*l*) Arndts, op, cit., § 405, e nota 4.

(*m*) Vedi su tal proposito quando ampiamente si dice dall'Arndts op. cit., § 396, n. 1.

ter pro filia emancipata dotem dederit, profectitiam nihilominus dotem esse, nemini dubium est „ Chiaro è: l'essere o no la figlia emancipata, nulla toglie alla qualità della dote di essere profettizia. Il che sarebbe già un argomento assai idoneo per ritenere che in ogni caso vadano applicati, per la restituzione, i principii medesimi. Ma vi ha di più. La legge citata non si contenta di affermare, ma ne da la ragione la quale ci sembra assai calzante: "*non ius potestatis, sed parentis nomen dotem profectitiam facit, sed ita demum, ut parens dederit.*„ Pare dunque evidente: l' essere o no la figlia in potestà del padre non influisce sull'indole dei rapporti dotali: e questo principio così categoricamente stabilito illumina e rafforza quei passi che stabiliscono il principio generale, la dote profettizia doversi restituire al padre e rende inevitabile interpetrarli in questo senso: che l'emancipazione della figlia non mortifica in nulla questo diritto del padre.

Detto delle condizioni subiettive il concorso delle quali è necessario per potersi l'azione intentare, bisogna occuparci delle condizioni obiettive e infine della persona contro cui l'azione va diretta.

Per richiedere legitimamente la restituzione della dote, è necessario anzitutto somministrare la prova della costituzione. Questo afferma la L. 1, C. 5, 15: ma soggiunge che non la scrittura ma il pagamento fa la dote, occorre quindi provare ancora che quanto

fu costituito venne corrisposto al marito (*n*). Se lo strumento dotale predica altresì il pagamento, la prova è piena: ma il marito ha contro di essa, quando la dote non sia stata effettivamente ricevuta, il rimedio di una eccezione, quella *non numeratæ pecuniæ*; ma deve sperimentarla entro un termine di rigore che è di un anno dopo sciolto il matrimonio, se questo è durato meno di due anni ; di tre mesi, se è durato più di due e meno di dieci anni. Se il matrimonio è durato anche più di questo tempo , il marito non può più opporre l'eccezione (*o*). La minorità del marito prolungava di due anni questo termine massimo (*p*). In ogni caso però la eccezione non poteva più opporsi se il marito avesse rilasciato, in seguito, una speciale quietanza (*q*).

Che se il marito avesse per errore restituito la dote, pur non avendola ricevuta, avea diritto di ripetere quanto indebitamente avea pagato (*r*).

L'azione poi si intentava contro chi avea ricevuto la dote, in generale contro il marito (*s*). Ma se questi non era *sui iuris* e la dote si era corrisposta al padre, l' azione si rivolgeva contro di questo, anche

(*n*) L. 1. Cod, cit; L. 33, D. de iure dot 23, 3.
(*o*) Novella 100, cap. 1 e 2; L. 3, C. de dot. cauta 5, 15
(*p*) L. Cod. cit.
(*q*) L. 14, § 1 C. de non num. pecuniae, 4, 30.
(*r*) L. 52, D. sol. matr. 24, 3.
(*s*) L. 22, § 12, D. sol. matr. 24, 3.

quando la dote fosse stata materialmente consegnata al figlio, poichè presumevasi che fosse pervenuta sempre al padre, come avente diritto sul peculio del figlio (*t*).

In caso di premorienza del padre, l'azione s'intentava contro gli eredi, i quali eran tenuti in proporzione delle loro quote ereditarie, e come fu già da noi avvertito nella introduzione storica, non importava che nulla avessero lucrato della dote la quale era stata percepita dal marito (*u*).

(*t*) L. 22, § 12, cit; L. 25 pr. L. 53, D. eod. tit; L. 36, 39, § 1, D. de pec. 15, 1; L. 2, 10 C. h. t. 5, 18.

(*u*) L. 9, C. eod. tit.

II.

OGGETTO

L'oggetto dell'azione di dote cioè a dire tutto ciò che deve restituirsi, può constare dell'oggetto principale, — ciò che fu costituito, — e delle accessioni possibili di esso. Egli è perciò che noi, per rendere più facile ed ordinato il nostro studio, dividiamo questa seconda parte del lavoro in due sezioni e ci occuperemo dell'oggetto principale nella prima, delle cose accessorie nell'altra.

Sezione 1ª — Oggetto principale

Il marito deve restituire tutto ciò che era stato costituito in dote. Questo il principio: ma occorre determinare come questa restituzione avesse luogo, ed è quindi necessario esaminare partitamente le diverse cose che potevano darsi a titolo di dote.

a) E prima di tutto il denaro, le cose fungibili e quelle stimate *venditionis causa* (*a*).

Il marito era obbligato restituirle nella stessa qua-

(*a*) Ho voluto mettere sotto unica suddivisione il denaro e le cose stimate *venditionis causa* perchè, non essendo tenuto in esse il marito che a restituire il prezzo, si può considerarle come se la dote sia stata data in denaro.

lità e quantità: " Res in dotem datæ quæ pondere numero mensurave constant, mariti periculo sunt, quia in hoc dantur ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat et quandoque soluto matrimonio eiusdem generis et qualitatis alias restituat vel ipse vel heres eius „ (*b*).

Da ciò due considerazioni: primieramente il marito aveva sempre l'obligo della restituzione anche se gli oggetti fossero periti per caso fortuito, poichè egli poteva sempre soddisfare alla obligazione di restituire il genere. Secondariamente poi, ed era una conseguenza del diritto del marito di impiegare a suo libito le cose fungibili date in dote, la moglie in nessun caso potea pretendere il fondo comprato dal marito col denaro dotale (*c*).

Venendo ora alle cose stimate *venditionis causa*, saviamente osserva il giureconsulto Ulpiano (*d*) che molto interessa al marito che le cose non siano stimate, principalmente se si tratta di abiti o animali, perocchè con tal sistema il pericolo è sempre del marito ; egli sopporta qualunque deterioramento anche se dovuto al naturale logorarsi della cosa o ad un accidente fortuito che l'avesse danneggiata perchè oggetto dotale era il prezzo, al marito non si era co-

(*b*) L. 42. D. de iure dot. 23. 3. L. 12 C. de iure dot. 5, 12.
(*c*) L. 12, C. eod. tit.
(*d*) L. 51. D. h. t. 24, 3. L. 10 princ. D. deiur. dot. 23, 3. Plerumque interest viri res non esse aestimatas.

stituito in dote che danaro e per ciò stesso egli era tenuto a restituirlo nella stessa quantità (*e*).

Questa considerazione ebbe il suo peso nel risolvere a beneficio del marito, il caso che la moglie pretendesse di essere stata danneggiata nella stima.

Poteva darsi allora anzitutto che l'oggetto si trovasse ancora in natura; era quindi facile valutare quanto fondato fosse il lamento della moglie: e in ogni modo si dava la facoltà al marito di scegliere: o dare il giusto prezzo o restituire la cosa (*f*).

PROVINCIA DI TORINO

La quistione sorgeva quando l'oggetto estimato non fosse più in natura per una ragione qualsiasi.

Qui una serie di opinioni diverse. (*g*). Marcello dice che la moglie doveva contentarsi del prezzo stabilito nella stima, poichè tale stima era riuscita esclusivamente in suo favore, inquantochè senza di essa ella perdeva addirittura la sua dote, beninteso però che la cosa sia perita senza colpa e dolo del marito. Egli è per ciò che, se anche fosse vero la donna essere stata lesa nella stima, il diritto non la soccorre perchè era debito di lei cercare l'esatta stima: " quia boni consulere mulier debet, quod fuit æstimatus. „

(*e*) Ciò era come se, costituita in dote una somma, il marito a suo rischio e pericolo ne avesse comprato animali od altro, sciolto il matrimonio doveva restituire il denaro; così era per le cose date con *l'aestimatio*.

(*f*) L. 12. § 1. D. de i d. 23, 3. L. 6. Cod. h. t.

(*g*) L. 12. § 1. D. eod. tit.

Però Marcello ammetteva due eccezioni: se la moglie fosse stata minore, o se avesse trovato un compratore della cosa sua ad un prezzo maggiore.

Scevola aggiunge a queste due una terza limitazione, accettata con ragione anche da Ulpiano, cioè a dire quando la moglie arriva a provare nel deperimento della cosa o nella stima fatta, il concorso del dolo da parte del marito. Ma una legge di Diocleziano venne a mutare questo stato della giurisprudenza, usando di una maggiore severità verso la moglie. Egli da un lato ammette che anche il marito possa far valere le sue ragioni per lesione nella stima in suo danno. Quanto alla donna, egli l'ammette a chiedere il giusto prezzo della cosa che sia ancora in natura, solo quando si provi il dolo del marito; se poi la cosa è già perita, accoglie puramente e semplicemente l'opinione di Marcello cioè doversi la donna contentare del prezzo scritto, solo a suo vantaggio, nello strumento dotale, senza eccezione alcuna (*h*).

b) Cose non fungibili date senza stima; devono essere restituite nella loro identità.

Per esse il marito è tenuto a prestare, *tam dolum quam culpam, quia causa sua dotem accepit* (*i*). Questo principio è applicato assai severamente: il marito deve curare con ogni diligenza il patrimonio della

(*h*) L. 6. § 3. C. eod. tit.

(*i*) L. 18. § 1. D. § 1. L. 24 § 5. L. 25 § 1-4. L. 55, 66 pr. D. h. t. L. 17, pr. L. 72 § 1. D. de i. d. 23, 3.

moglie, egli deve impiegare quello zelo che spiegherebbe nelle proprie cose, il che non importa che se egli sia disordinato nella propria amministrazione, possa essere scusato di avere male amministrato quelle della moglie. Se il marito è abitualmente crudele verso i suoi servi, dice Ulpiano nella L. 24, § 5. D. 24, 3, ciò non include che lo debba impunemente essere contro i servi della moglie ai quali è tenuto usare maggior bontà perchè ciò che è riprovevole nelle cose proprie è da punirsi nelle altrui.

A determinare la responsabilità del marito, bastava anche una colpa lievissima (*m*), e che il marito fosse causa indiretta e remotissima del fatto che avea cagionato la perdita delle cose dotali. Così Publio Mucio decise doversi indennizzare Licinia moglie di Gracco delle cose dotali perite in quella sedizione nella quale il di lei marito era stato ucciso, poichè la sedizione era avvenuta per colpa di Gracco (*n*).

Finalmente, nel caso che il marito sia sotto la patria potestà, è il padre che risponde del dolo e della colpa (*o*).

Quando manca il dolo e la colpa, e la perdita della cosa va attribuita ad un puro caso fortuito, il marito di nulla risponde, si eccettua solo il caso previsto

(*m*) L. 17, pr. D. de i. d. 23, 3.
(*n*) L. 66, pr. D. h. t. 24, 3.
(*o*) L. 72, § 1, D. de i. d. 23, 3.

nel § 2 della L. 24. D. 24, 3 cioè a dire, se il marito sia stato moroso nel restituire la dote (*p*).

Eccetto tale caso speciale, conforme del resto ai principî generali sulla mora, il marito ad altro non è tenuto se non a cedere alla moglie le azioni che a quel titolo egli ha contro i terzi, autori della perdita o della deteriorazione, come l'azion di furto e di danno infetto (*q*).

c) Dritti reali. In generale la restituzione di essi si fa in maniera che il vantaggio che il marito ne ritrae, ritorni in quanto è possibile nel patrimonio della moglie.

Però le quistioni più importanti su tal proposito si fanno quando in dote fu costituito un usufrutto. E si hanno soluzioni diverse a seconda della maniera con cui l'usufrutto fu costituito e dell'essere il fondo in proprietà del marito, della moglie o del terzo.

Esaminiamo partitamente questi casi, i quali possono ridursi a cinque cioè: usufrutto dato da un estraneo su di un fondo di cui la moglie non ha la proprietà; usufrutto della moglie sul fondo del marito; usufrutto del padre sul fondo del genero; usufrutto sul fondo della moglie; usufrutto costituito sul fondo della moglie e poi vendutane la proprietà al marito.

(*p*) L. 18, L. 25, § 2, D. h. t. 24, 3.
(*q*) L. 18, § 1 in fine, D. eod. tit.

1. Usufrutto dato da un estraneo in dote su di un fondo di cui la moglie non ha la proprietà.

Sciolto il matrimonio la difficoltà nasceva da ciò, che era massima fondamentale l'usufrutto non poter essere ceduto dall'usufruttuario ad altri che non sia il padrone della cosa medesima e quindi il trasferimento ad altri esser nullo, non solo, ma produttivo della riversione dell'usufrutto a favore del proprietario (*r*) : *usum fructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis et si estraneo ceditur idest ei qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usum fructum.*

Ora il marito essendo l'usufruttuario, e il proprietario del fondo essendo un terzo, era impossibile che chi aveva diritto alla restituzione potesse aver ceduto l'usufrutto.

Per risolvere il dubbio, lo spirito sottile ed estremamente formale dei romani, introdusse un rimedio pel quale il marito loca o vende l'usufrutto alla moglie per una moneta insignificante (un nummo) ed in tal modo il dritto in astratto rimaneva al marito, restando però salva la prescrizione di legge che fulminava di nullità la cessione, e la moglie otteneva l'interessante cioè la percezione dei frutti (*s*).

(*r*) L. 15, D. fam. erc. 10,2, L. 6, L. 29, § 2, D. si usufructus peteretur, 7,6, L. 9, princ. D. us. qu. caveat, 7,9, L. 29, D. de usu et us. fr. 33,2 ecc.

(*s*) L. 66. de i. d. D. 23,3.

2. Usufrutto della moglie (*t*) sul fondo del marito.

Durante il matrimonio, l'usufrutto si è consolidato con la proprietà, sicchè non può veramente dirsi che il marito abbia in dote l'usufrutto, ma che gode come padrone assoluto il suo fondo, avendone per mezzo del matrimonio ottenuta la piena proprietà.

Sciolto il matrimonio, se è viva la moglie (e in questo caso, come già abbiamo detto, includiamo anche il divorzio) l'usufrutto rivive, cioè il marito ricostituisce sul suo fondo l'usufrutto alla moglie; se la moglie è morta, allora mancando l'usufruttuario, l'usufrutto non ha più ragion d'essere e perciò resta al marito, consolidato definitivamente con la proprietà.

3. L'usufrutto del padre sul fondo del genero.

In tal caso, secondo il paragrafo secondo della legge 78 citata, il padre, dando in dote alla figlia l'usufrutto sul fondo del marito, libera di tal servitù la proprietà di costui, consolidando colla proprietà l'usufrutto; ma sciolto il matrimonio per qualunque causa, il padre richiede l'usufrutto *quia dotis constituendæ gratia eum dederit.*

4. Usufrutto sul fondo della moglie.

Qui pure distingueremo due casi: che l'usufrutto sia stato dal marito conservato, o perduto; e mentre nel primo, la moglie porta come dote il detto usufrutto e perciò sciolto il matrimonio ha dritto a ripeterlo, nel secondo caso invece, essendo la moglie indotata,

(*t*) L. 78. pr. D. de i d. 23. 3.

perchè l'usufrutto perduto già si consolidò con la proprietà, non ha in caso di scioglimento nulla a ripetere.

Ammettiamo poi il caso, come lo ammette il giureconsulto Trifonino, (*u*) che la proprietà del fondo sia stata dalla moglie alienata e distinguiamo anche qui i due casi, che il marito abbia o no perduto l'usufrutto.

Nel primo caso, essa ha dritto ad un indennizzo per il beneficio perduto; nel secondo poi, sciolto il matrimonio, essa avrà dritto, mercè la *dotis actio* di chiedere la restituzione dell'usufrutto; o per renderlo al proprietario a cui aveva venduto la proprietà, o per goderne essa stessa, se eraselo riserbato, o infine per farne l'uso che meglio le piaccia (*v*).

5. Usufrutto costituito sul fondo della moglie e poi vendutane la proprietà al marito.

Sciolto il matrimonio vivente la moglie, bisogna osservare. Se il prezzo del fondo fu fatto sulla nuda proprietà, allora la moglie ha dritto ad avere restituito l'usufrutto, il che però non può più aver luogo se prima che la lite sia contestata il marito venga a morte. Gli eredi di lui non sono tenuti a restituire nulla, perchè l'usufrutto, per la morte dell'usufruttuario, si è già consolidato colla proprietà. Se però il fondo fu venduto, compreso l'usufrutto, si ritiene come se la moglie ab-

(*u*) L. 78. § 2. D. de i. d. 23. 3.
(*v*) L. 78. § 2 cit.

bia avuto restituita la dote durante il matrimonio, e come tale, non ha più nulla a ripetere.

Trattasi ora di vedere quali dritti possano vantare gli eredi della moglie su di un usufrutto costituito in dote (*z*).

Abbiamo già veduto come quest' usufrutto costituito in dote, possa essere sulla proprietà di un terzo o del marito o della moglie: ora a seconda di questi varii casi, gli eredi hanno o no dritto all'usufrutto (*aa*). E prima di tutto, se la donna si costituisce in dote l'usufrutto sul fondo di proprietà del marito, la moglie nulla lascia al suo erede, poichè alla morte di lei l' usufrutto si consolida con la proprietà. Se la dote costituita è di un usufrutto sulla proprietà della moglie, sciolto il matrimonio, il marito è sempre tenuto a restituirlo; e perciò, morendo la moglie, colla proprietà passa anche l'usufrutto agli eredi.

Ma se la proprietà è di un terzo, il giureconsulto si preoccupa dapprima di considerare come esso usufrutto si possa restituire alla moglie. Qui si ricorda quanto da noi fu accennato sui diversi modi coi quali, in tale caso, l'usufrutto si può restituire alla moglie, e poichè, continua il giureconsulto, in ogni caso la loro dante causa avrebbe avuto un lucro che avrebbe trasferito agli eredi, così questi vi hanno dritto, se la donna fosse morta prima che il marito avesse restituito.

(*z*) L. 78 § 3; D. eod. tit.
(*aa*) L. 57. D. h. t. 24 3.

Infine per quanto concerne questo argomento, bisogna accennare un ultimo caso. Era possibile che, costituito in dote un usufrutto, si stipulasse che i frutti dovessero restituirsi. In altri termini, restava in dote il capitale dei frutti medesimi, che ogni anno andava accrescendosi e che quindi dovea restituirsi (*bb*). Nel silenzio dell' atto però, è da ritenere che debba restituirsi solo il diritto dell' usufrutto e non anche i frutti percepiti (*cc*).

d) Oggetto di dote può essere un credito.

Principio generale si è che bisogna restituire tutto quanto si è ricevuto (*dd*).

Se nulla si è ricevuto e il credito sussiste, bisogna considerare varii casi.

E prima di tutto, se chi agisce per la restituzione è il debitore, egli non ha altro dritto che chiedere la sua liberazione; (*ee*) in modo che, se la moglie sia lasciata erede da chi aveva promessa la dote, e chiede dopo sciolto il matrimonio la restituzione di ciò che il di lei autore non ha dato al marito, l'equità vuole che essa altro dritto non si abbia che di essere liberata del debito, poichè non è giusto che si arricchisca in tal modo a danno del marito.

(*bb*) L. 7. § 2. D. de iure dotium, 23, 3.
(*cc*) Legge cit.
(*dd*) L. 48 § 1, L. 49 in f. D. eod. tit.
(*ee*) L. 41. § 4, D. eod. tit. L. 30 § 1, L, 66 § 7, D. 24, 3.

Se poi il debitore è un terzo, il marito sarà soltanto obbligato a cedere le sue azioni a colui che agisce per la restituzione (*ff*).

Può intanto darsi il caso che il credito non sia stato esatto e non sia più esigibile per una ragione qualsiasi.

Il principio sarebbe che il marito ne risponde, in forza della massima generale che egli deve usare la massima diligenza, ed è tenuto per la colpa più lieve nell'amministrazione delle cose dotali.

Se egli avesse esatto il debito, questo non si sarebbe perduto: è dunque per colpa di lui, che chi ha dritto alla restituzione non può più esigere il credito, e di questa colpa il marito risponde (*gg*). Però nelle applicazioni questo principio soffriva molteplici eccezioni.

Lo si applicava quando il debitore era un estraneo che avea promesso la dote, costretto da necessità (come, ad esempio, un debitore della moglie anteriore al matrimonio) (*hh*). In questo caso il marito rispondea del credito; e, diventato inesigibile, deve restituire il valore, perchè se esso avesse usato maggior diligenza e avesse costretto il debitore, mentre poteva, la donna ora avrebbe avuto ciò che aveva portato in dote. Diversamente però succedeva quando chi promise la dote lo fece per atto di liberalità; (*ii*)

(*ff*) L. 44. § 1 D. h. t. 24, 3.

(*gg*) L. 49. pr. eod. L. 20, § 2 D. de pact. dot. 23,4; L. 33,49 D. de inr. dot. 23,3.

(*hh*) L. 33. cit.

(*ii*) L. 33, cit.

allora non si può rimproverare al marito di non essere stato insistente a farsi pagare da chi liberamente donò, da chi, anche citato, pel rescritto di Antonino Pio, sarebbe solo stato condannato *in id quod facere posset* (*ll*). In questo caso il marito è dunque esente da responsabilità.

Un'analoga ragione produceva un analogo effetto, esentando il marito da responsabilità quando il promittente era il padre (*mm*). Giuliano invero voleva sempre che il pericolo della tardata riscossione fosse del marito. Una tale opinione era forse più conforme allo stretto diritto; poichè, essendo il padre costretto a dotare la figlia, non poteva assimilarsi affatto a chi liberamente avea donato. Ciò malgrado, l'opinione contraria sostenuta da Sabino prevalse, come più conforme ad equità, non potendosi pretendere che il marito fosse stato rigoroso nel costringere il suocero a pagare, agendo contro di esso.

Vi erano però dei casi in cui nessuna di queste eccezioni valeva, ed il rischio rimaneva assunto dal marito.

Così era in primo luogo quando il marito al debitore rilasciasse ricevuta; si supponeva allora che avesse avuto l'*animus donandi*; (*nn*) ciò che non era lecito di fare per la cosa altrui.

(*ll*) L. 32. D. de i. d. 23, 3
(*mm*) L. 41. pr. D. de re iud. 42 1.
(*nn*) L. 66. § 6. D. h. t. 24, 3; L. 49, D. de iure dotium 23, 3.

Egualmente, se il marito accettava in dote un debito già diventato inesigibile per insolvenza del debitore e di questa insolvenza era a conoscenza, sopportava la perdita (*oo*).

e) In fine può costituirsi la dote rimettendo al marito un debito; allora può dirsi che la restituzione si fa, come se al marito fosse stato consegnato un oggetto corrispondente al debito rimesso. Così se creditore era la moglie, in tal caso, sciolto il matrimonio, il debito rivive, (*pp*) dapoichè, acutamente osserva il giureconsulto, non può dirsi che il marito durante il matrimonio sia *liberato* del debito, ma per la costituzione della dote solamente gode di un'eccezione per la quale non paga il debito, durante il matrimonio.

Se poi il creditore non è la moglie ma un terzo che libera il marito a titolo di dote, allo scioglimento del matrimonio (*qq*) dovea considerarsi la maniera con cui la costituzione erasi fatta, poichè il diritto competeva alla moglie nel solo caso in cui l'estraneo avea voluto donarle il valore del credito. Se invece appariva che l'estraneo avesse voluto conservare la *condictio*, la moglie non potea agire per la restituzione, ma solo il terzo recuperava il suo credito facendo rinascere l'antica azione.

Abbiamo detto come, per principio generale, eccetto

(*oo*) L. 41 § 3, D. eod. tit.
(*pp*) L. 12 § 2, ibid.
(*qq*) L. 44 § 1, ibid.

il caso della *æstimatio venditionis causa*, il marito sia tenuto a restituire ciò che fu costituito in dote: vediamo ora in quali casi speciali sia lecito il cambiamento dell'oggetto dato in dote.

1. Si può per patti posteriori stabilire il cambiamento dell'oggetto, semprechè esso giovi o almeno non sia di nocumento alla moglie (*rr*) e vi sia il consenso di chi ha dritto alla restituzione. In modo che, dato in dote denaro, può stipularsi che si restituiscano oggetti; o vice versa, dato uno schiavo se ne restituisca il prezzo (*ss*).

2. Nel caso di evizione del fondo dotale che fu stimato, deve il marito restituire tutto quello di cui fu indennizzato anche, se questo sia il doppio, poichè non è giusto che egli lucri a danno della moglie (*tt*).

3. Per divisione di un fondo comune di cui era data in dote un aliquota.

Qui è da farsi una distinzione cioè se il fondo sia stato nella divisione aggiudicato al marito o all'altro comproprietario o ad un estraneo. Se il fondo fu aggiudicato al marito, sciolto il matrimonio egli sarà tenuto a restituire l'intiero fondo, avendo dritto però a ripetere quanto pagò al comproprietario. Questo criterio serve di base alla restituzione, ma non per questo deve credersi che, in costanza di matrimonio, *tutto* il

(*rr*) L. 21. D. h. t. 24. 3.
(*ss*) L. 25. 26 D. de i. d. 23. 3.
(*tt*) L. 16 D. eod. tit.

fondo sia *dotale*, che anzi saviamente osserva il giureconsulto, di dotale non vi è che la parte spettante alla moglie.

Se il fondo è aggiudicato all' altro comunista, sarà in dote quanto costui pagò al marito.

Se fu aggiudicato ad un estraneo, allora egualmente il marito restituirà tutto ciò che gli fu pagato per la sua parte (*uu*).

Sezione 2° — Accessioni

Sciolto il matrimonio, il marito, come abbiam detto, è tenuto a restituire ciò che gli fu dato in dote; ora può darsi che l'oggetto costituito in dote, durante il matrimonio, si sia accresciuto per mezzo di accessioni.

Le accessioni non costituiscono nuova dote, ma fanno invece parte, anzi sono un tutto con la dote stessa, (*a*) quindi è principio generale che esse vanno restituite insieme alla dote.

L'usufrutto che si consolida con la proprietà data in dote, l'incremento di un terreno dovuto ad un'alluvione, la prole dei servi dotali (*b*) sono accessioni naturali che seguono la stessa sorte del bene dotale.

Solo una distinzione è da farsi in riguardo al taglio

(*uu*) L. 78. § 4 D. de i. d. 23. 3.
(*a*) L. 4. L. 10 § 1, 2 D. eod. tit.
(*b*) L. 10, § 1, 2. cit.

degli alberi perocchè, se questo taglio costituiva la fruttificazione del fondo (p. es. d'una foresta) allora il valore spettava al marito, secondo i criterii che in appresso svolgeremo; se aveva deteriorato il fondo, bisognava restituire il prezzo (*c*).

Frutti — I frutti dotali servono per sostenere gli oneri del matrimonio; questo è il principio fondamentale, la ragion d'essere della costituzione di dote: (*d*) è perciò che essi non sono soggetti a restituzione e vanno *ad lucrum mariti pro tempore matrimonii sive æstimata sive non æstimata sint* (*e*). Però ciò era *pro tempore matrimonii*; infatti, subito sciolto il matrimonio, il marito non ha più alcun dritto sui frutti, ed è tenuto quindi a restituirli a cominciare dal giorno in cui il matrimonio si sciolse.

" *Novissimi anni in quo matrimonium solvitur, fructus pro rata temporis portione debere utrique parti adsignari commune utriusque actionis est* „ (*f*).

Ciò importa che bisogna dividere i frutti dell'ultimo anno attribuendone una rata al marito, l'altra all'avente diritto alla restituzione, a seconda del tempo pel quale il matrimonio era in quell'ultimo anno durato.

Che se la dote sia stata consegnata al marito prima

(*c*) L. 77 § 12 D. sol. matr. 24. 3.
(*d*) L. 7 pr. D. de i. d. 23. 3.
(*e*) L. un § 9 Cod. de r. u. a. 5. 13.
(*f*) L. un § 9 Cod. cit.

del matrimonio, ed abbia dato dei frutti, allora, meno patto specialmente stipulato nello strumento dotale, tali frutti devono capitalizzarsi, e servono ad aumentare l'oggetto principale (*g*). Su tal punto le leggi sono ben chiare, e tutte espongono rigorosamente il sudetto principio, e la legge 31 § 4 citata ne trae la conseguenza che se la moglie ha ricevuto soltanto il fondo ma non i frutti percetti prima dal marito, " *de dote agere potest; quia minorem dotem recepisset.* „

Se poi siasi espressamente stabilito che essi frutti non si convertano in dote, s' intende che sia stata fatta una donazione al marito e perciò non bisogna restituirli (*h*).

Ma ben altra difficoltà presenta l' altro principio, già da noi esposto, cioè che i frutti percepiti dal marito, sciolto il matrimonio, vanno divisi proporzionalmente secondo la rata del tempo dell'ultimo anno del matrimonio (*i*).

E prima di tutto è da osservare che l'anno s' intenderà ridotto a sei mesi pei beni che fruttificano due volte l'anno, come pei luoghi irrigui, ed a più anni per quelli che non fruttificano ogni anno, come per la selva cedua (*l*).

(*g*) L. 47 D. de i. d. 23. 3; L. 6 D. sol. matr. 24. 3; L. 31 § 4 ibid.

(*h*) L. 7 § 1 D. de i. d. 23. 3.

(*i*) L. un § 9 Cod. cit.

(*l*) L. 7 § 6, 7 D. sol. matr. 24. 3.

Quanto al tempo, esso si calcola dalla tradizione del fondo dotale, o per meglio dire dal momento in cui se ne è trasferito il possesso, e non già da quello in cui la dote è costituita, o contratto il matrimonio.

A questo punto sorge una famosissima quistione che si dibatte intorno al passo di Papiniano, contenuto nella L. 7 D. 24 3 (*m*). Nessuna soluzione che sia appieno soddisfacente è ancora stata data di questo passo; molti invero eminenti romanisti (*n*) hanno detta la loro opinione, hanno dettato il loro modo d'interpretare la parte non dirò oscura (chè invece è chiarissima) ma apparentemente contraddittoria del passo; però sono interpretazioni e giudizii non attendibili anche per confessione di coloro medesimi che l' han

(*m*) *Divortio facto fructus dividi ait, non ex die locationis, sed habita ratione præcedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit. Neque enim, si vindemiæ tempore fundus in dotem datus sit, eumque vir ex Calendis Novembribus primis fruendum locaverit, mensis Januarii suprema die facto divortio, retinere virum et vindemiæ fructus et eius anni, quo divortium factum est, quartam patem mercedis æquum est: alioquin si coactis vindemiis altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit. Itaque si fine mensis Januarii divortium fiat et quatuor mensibus matrimonium steterit, vindemiæ fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.*

(*n*) Maynz Cours de Droit Romain V. pag. 45 not. 20; Puchta, Sez. § 421; Vangerow, § 220, nota 2; Windscheid § 501, nota 9; e poi l'Hasse, il Francke, il Keller, l'Huschke, lo Schupfer ed altri ancora, citati da Arndts, op. cit. § 407, in nota. Fra gli antichi scrittori, il Cuiacio, il Connano, il Duareno etc.

proposto, e si potrebbe anche aggiungere poco scientifici in quanto o si fondano sopra una lettura arbitraria del passo o vengono a conseguenze ultime che stanno in antimonia col principio fondamentale della materia.

Non sarò io che oserò pretendere di dare una spiegazione o un' interpretazione vittoriosa del dubbio quando scrittori sommi han fallito la prova, ma, per quel che vale, mi accingo a dire qual sia il mio pensiero sul testo in quistione.

Il passo di Papiniano letteralmente suona così. I frutti si dividono non dal giorno in cui il fondo è locato, ma tenutosi conto del tempo precedente, durante il quale la donna fu in matrimonio. Si supponga che un fondo sia stato dato in dote in tempo di vendemmia e che il marito, fatto il raccolto, lochi il fondo nei primi di Novembre. Avvenuto il divorzio l'ultimo di Gennaio, ed essendo così il matrimonio durato quattro mesi, non è giusto che il marito ritenga il frutto della vendemmia e la quarta parte della mercede, ma dovrà l' uno e l' altra cumulare affinchè, su questa somma, il terzo resti al marito.

Questo il senso letterale del passo. Vediamo in qual vario modo sia stato inteso e quali sieno le difficoltà in cui ogni soluzione incorre. Diremo prima di quella del Cuiacio (*o*), accolta dallo Schupfer (*p*), poichè ci sembra

(*o*) Lib. 4 dei Feudi.
(*p*) Op. cit. pag. 361.

che essa, per dir così, constati la ragion di dubitare. Il Cuiacio, esposto il passo, lo commenta nei seguenti termini : Laonde a quello si mirerà che i frutti della vendemmia e la quarta parte della mercede si confondano e si frammischino; onde da tutto quel valore, la terza parte a me spetti che rimasi colla moglie anche per una terza parte dell'anno. Abbiam detto che Cuiacio pone la quistione piuttosto che risolverla. Sta bene che al marito spetta un terzo d'anno perchè quattro mesi è stato in matrimonio. Ma la difficoltà appunto consiste nel formar quella somma da cui ricavare il terzo. Si faccia materialmente il calcolo accennato da Cuiacio : si sommi il frutto della vendemmia (che, rappresentando il frutto dell'intero anno, chiameremo 12) col quarto della locazione cioè 3; avremo un totale di 15 di cui il terzo è 5, mentre al marito, pel principio già posto, non spettano che 4. La soluzione del Cuiacio, mentre vorrebbe attenersi scrupolosamente al testo, finisce coll'attribuire al marito una rata illegittima perchè eccessiva.

Lasciando stare l'opinione del Mercatore che per ispiegare il passo ricorre all'Euclide e a complicati calcoli matematici, veniamo all'opinione più accettata e prevalente che è quella del Duareno, sviluppata dal Vangerow, dal Maynz, dal Sintenis. Essa consiste principalmente nel forzare il senso delle parole " vindemiæ fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt „ Difatti egli forma questa somma

riunendo la quarta parte della mercede con la vendemmia, ma non con tutta la vendemma, bensì soltanto col dodicesimo di essa ciò che praticamente si risolve nel seguente calcolo : $\frac{1}{12} + \frac{3}{12} = \frac{4}{12} = \frac{1}{3}$.

Or questa spiegazione incontra un primo formidabile ostacolo nella espressione del testo: *vindemiæ fructus*, che suona letteralmente *i frutti della vendemmia*, non già, un dodicesimo di essi. Ma avvi di più : la legge continua con quella espressione : *ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur*. Or come armonizzare questa parte del passo con la soluzione che noi oppugniamo ? Stando al Duareno e ai suoi seguaci, questa *tertia portio* è già formata con l' unire il dodicesimo della vendemmia col quarto del fitto. Il marito avrebbe poi il terzo di questo primo terzo ? Ciò è assurdo: e questa insormontabile obiezione in cui quel sistema incorre, fu riassunta nell'arguta domanda del Windscheid (*q*) : *Un terzo di che?*

Non parlerò di coloro che vogliono correggere il testo, trasportando il *tertia* al posto di *quarta*, perchè è ben vero che allora ogni difficoltà sarebbe tolta, ma è altresì vero ch'è un modo molto semplice ma molto arbitrario ed inaccettabile questo, di risolvere le quistioni accomodando i testi come fa più comodo.

(*q*) Accetto la confutazione del Windscheid, ma non quella dell'Arndts che dice mancare il tutto a cui possa corrispondere quel terzo; perchè a mio modo di vedere il tutto c'è, ma è il terzo già fatto da Duareno stesso, forzando il senso di *vindemiæ fructus*.

A mio modo di vedere il passo non è affatto errato nè contradditorio. Forse, Papiniano non fu molto felice nella scelta dei termini coi quali volle esprimere il suo concetto, ma se si resta fedeli a ciò che il testo dice, si può dare una spiegazione molto più plausibile delle altre.

Io comincio dallo stabilire questa idea fondamentale cioè che Papiniano si occupò, da giureconsulto, di dare i principii e di applicarli ad un esempio; non volle però, come un contabile qualunque, *fare egli medesimo il calcolo materiale.* Or questo appunto a noi sembra il torto comune alle teorie da noi esposte: esse si preoccupano da fare *il calcolo aritmetico*, e suppongono che Papiniano questo abbia voluto fare. Quindi delle due l'una: o si resta fedeli al passo e allora sommando i frutti della vendemmia che rappresentano l'intiera annualità con il quarto dei frutti, si avrà un totale di 15 di cui il terzo è 5; mentre il matrimonon durò che 4 mesi. Ciò è quindi in contraddizione coi principii e allora, come il Duareno, come gli altri, si forza il senso letterale delle parole e si rifà la legge di sana pianta. Occorre ripeterlo: è un errore credere che Papiniano abbia voluto fare il contabile. Un'attenta osservazione del passo lo dimostrerà vie meglio. Il giureconsulto comincia col porre il principio generale ed a quello è giusto che si attenga se vuole essere conseguente a se stesso. Egli dice: " *Facto divortio fructus dividi non ex die locationis sed habita ratione precedentis*

temporis quo mulier in matrimonio fuit. Questo principio è la base su cui deve svolgersi il seguito della legge. I frutti debbono dividersi, al marito spetterà tanto per quanto tempo durò il matrimonio. Espone in seguito il caso pratico già riferito e conclude: *vinde miae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt.*

Egli era come dire al marito: Voi avete materialmente esatto il frutto della vendemmia e il quarto della locazione, ma a voi non spetta trattenere tutto ciò; dovete invece dar conto di quanto avete ricevuto, e restituirlo, meno quel tanto che vi spetta. Quanto vi spetta? Si abbia riguardo al tempo che è durato il matrimonio, e poichè son quattro mesi, avrete per quattro mesi di frutti, che saranno calcolati e dedotti dal cumulo dei frutti naturali e civili. La qual confusione era forse richiesta allo scopo di temperare la possibile disuguaglianza e sproporzione fra la vendemmia e il fitto, in quanto i frutti naturali potevano, aleatoriamente, essere o troppo o troppo poco: al che, ripetiamo, si potea in parte rimediare con quella specie di media che Papiniano consiglia. A questo punto la parte del giureconsulto è finita: egli ha dato la soluzione giuridica della quistione. La maniera poi con cui il cumulo dovrà farsi e le quote dividersi, sfugge ai limiti della scienza e del compito di lui.

La plausibilità dell'opinione che noi propugniamo ci

sembra che sorga principalmente da ciò: essa evita quelle gravi difficoltà nelle quali le altre soluzioni incorrono, e, mentre rispetta il testo, rispetta altresì i principii. Ma un argomento, a conforto di essa, si può aggiungere ricavandolo ancora dal comento esegetico del passo e precisamente di quelle due particelle così importanti: " UT EX „. Il senso di esse è: AFFINCHÈ DA. Riunite il frutto della vendemmia e la quarta parte del fitto AFFINCHÈ DA quella somma si tolga il terzo che spetta al marito. Quanto sia questo terzo dipenderà dal calcolo: io mi limito a dire che si preleverà DA quel tanto che il marito ha esatto, e che il conferimento e il cumulo dovrà farsi AFFINCHÈ DA quella somma si prelevi il terzo. Al contrario, se si vuole spiegare il testo come vorrebbero le altre scuole, invece dell'UT dovrebbesi trovare la particella congiuntiva ET e in luogo dell'EX con l'ablativo si sarebbe trovato il genitivo *(et illius pecuniæ tertia portio viro relinquatur)*.

La legge di Papiniano continua esaminando il caso contrario, applicando sempre il principio di base.

Si supponga, egli dice, che la donna si costituisca in dote il fondo, appena percepita la vendemmia. Il marito lo dà in fitto il 1° marzo e il 1° aprile segue il divorzio. Allora non è giusto che il marito ritenga un solo mese di fitto, mentre il matrimonio è durato assai più di un mese, ma sulla mercede percepita riterrà quella porzione che gli è dovuta, computati i mesi tutti che il matrimonio è durato.

Questa parte del passo, così chiara applicazione del principio medesimo, rende sempre più inverosimile che Papiniano abbia voluto contraddirsi poche parole prima.

III.

TEMPO

Appena sciolto il matrimonio, si restituisce la dote. Questo il principio, ma le eccezioni non mancavano, sia nel senso di dare alla donna il diritto di ripeter la dote prima, sia al marito la facoltà di restituirla dopo un certo tempo. Il primo caso avveravasi quando il marito fosse caduto nell'inopia, il matrimonio durante: poteva allora la moglie sperimentare tutte le azioni personali e reali per ottenere la dote, come se già il matrimonio fosse sciolto (*a*). Secondariamente poi, il marito godeva di certi termini per la restituzione. Ed occorre qui far capo alla distinzione delle cose in immobili, mobili e se moventi. Or mentre gl'immobili seguono il principio generale cioè che bisogna siano restituiti subito, i mobili o se moventi possono restituirsi fra un anno (*b*).

Però malgrado questo *commodum temporis*, i frutti che le cose dotali mobili, immobili o se moventi producono, spettano sempre a colui che ha dritto alla re-

(*a*) L. 29, pr. C., de i. dot. 5. 12.
(*b*) L. un. § 7 Cod. de r. u. a. 5. 13.

stituzione. Sorge a questo punto una questione che riguarda l'ultima parte del § 7 della L. unica Codice 5. 13. Posto il principio che permette al marito di restituire le cose mobili e semoventi dopo un anno, la legge continua: *fructibus videlicet immobilium rerum parti mulieris ex tempore dissoluti matrimonii præstandis, similique modo pensionibus vel vecturis navium sive iumentorum vel servorum, vel quæstu civilium annonarum et aliis quæ sunt eis similia parti mulieris restituendis.*

Erroneamente, a nostro credere, Cuiacio con altri vogliono che il *similique modo* serva a dire che le cose mobili, specialmente designate in quel luogo (pigioni o noli delle navi, o dei giumenti o del lavoro dei servi, o il prodotto delle annone civili, e altre cose simili) debbano pure restituirsi, come le immobili, immediatamente dopo sciolto il matrimonio.

Questa maniera d'intendere il passo è in' aperta contraddizione col principio, poco innanzi stabilito; " exactio autem dotis celebretur non annua, bima, trima die, sed omnimodo intra annum in rebus mobilibus, vel se moventibus, vel incorporabilibus, ceteris videlicet rebus, quæ solo continentur, illico restituendis „. L' assimilamento adunque non si riferisce già all'epoca della restituzione, ma piuttosto all'obligo di restituire *i frutti* delle cose suddette nel tempo intermedio fra lo scioglimento del matrimonio e la effettiva restituzione.

Se il marito, scorso l'anno, non ha restituito la dote è tenuto a pagare l'usura del 4 p. 100 (*c*).

Però con patti speciali la moglie può aver dritto ad essere soddisfatta di tutta la dote, subito dopo sciolto il matrimonio e se in tal caso il marito non può soddisfare sarà condannato, computandogli però il *commodum temporis;* mentre se egli, potendo, non vuole soddisfare il suo debito, allora tale *commodum* non gli gioverà a nulla (*d*).

(*c*) L. unica § 7 cit.
(*d*) L. 24, § 2, D. h. t. 24. 3.

IV.

AZIONI E PRIVILEGII

Questa quarta parte del nostro studio si occupa solo di quali privilegii e garenzie il dritto antico prima, e Giustiniano poi, abbiano voluto circondare la dote in modo che in nessuna maniera la moglie potesse esserne defraudata.

Il dritto antico si limitava ad accordare alla moglie un *privilegium exigendi*, per via del quale, nel concorso dei creditori meramente chirografarii, essa poteva prima degli altri esigere il suo credito (*a*).

L'insufficienza di tale garenzia dovea essere rilevata in quell' epoca in cui si diè opera a tutelare i diritti della donna. Ed abbiamo già visto in altro luogo come Giustiniano nella sua prima costituzione del 529 accennasse ad una garenzia ipotecaria per *quegli oggetti* dotali che pur *erano in proprietà* del marito (*b*) e come nel 530 stabilisse specificamente un'ipoteca generale sui beni del marito e nel 531 finalmente riferendosi alle due prime costituzioni rendesse quell'ipoteca privilegiata

(*a*) L. un. C. de priv. dot. 7, 74; L. 19 pr. D. de reb. auct. iud. possid. 42, 5.

(*b*) L. 30. Cod. de i. d. 5. 12.

e tale da escludere non solo tutti gli altri, ma anche gl'ipotecarii anteriori (*c*) e desse poi nella famosa L. 30 pr. Cod. 5. 12 un'ipoteca generale sulle cose dotali per cui si potea la dote rivendicare malgrado qualsiasi ipoteca anteriore.

Gravissima è la quistione cui dà luogo questa legge del Codice.

In rebus dotalibus sive mobilibus, sive immobilibus seu semoventibus, si tamen extant, sive æstimatæ, sive inæstimatæ sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium prærogativam, et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, sibi potiorem causam in his, per hypothecam vindicare, cum eædem res et ab initio uxoris fuerant, et naturaliter in eius permanserunt dominio non enim quod legum subtilitate transitus earum in mariti patrimonium videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est. Volumus itaque eam in rem actionem quasi in huiusmodi rebus propriis habere ut sive ex naturali iure eiusdem mulieris res esse intelligantur vel secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse, per utramque viam sive in rem sive hypothecariam ei plenissime consulatur.

Tre sono specialmente i punti più controversi: sapere cioè che cosa debba intendersi per cose *sive æstimatæ sive non*, che cosa valga quel " *si tament extant* „ posto a quel dato punto dove Giustiniano lo ha col-

(*c*) L. 12, pr. § 1, 7 Cod. qui potioris in pignore, 8, 18.

locato; e finalmente, ciò che poi è più vivamente controverso, sapere di qual natura sia il dritto concesso alla moglie in virtù di tal legge.

Le due prime più che altro sono quistioni esegetiche, e solo hanno importanza per coloro i quali, come appresso diremo, hanno inteso la legge non rettamente, secondo ci sembra. Ed è appunto per la connessione fra quelle due prime e la terza quistione che noi ci limiteremo ad esaminare dapprima dal solo lato esegetico le due quistioni suddette, riserbandoci poi di riparlarne nella quistione terza, che è la capitale, e che in certo modo le comprende.

Cominciamo dalle parole: *si tamen extant.*

Esse fanno parte di quel passo in cui Giustiniano designa le cose che possono essere colpite dall'azione che egli conferisce alla donna.

Ora si tratta di sapere se con esse intenda dire: *se esistono nel patrimonio del marito,* o, *se esistono in natura.* Il Bechmann sostiene quest' ultima opinione mentre la maggior parte degli scrittori come il Windscheid, il Czyhlarz, lo Schupfer, il Baron ed altri sostengono la prima opinione *(d).*

Coloro pei quali le parole "*si extant*„ significano "se esistono nel patrimonio del marito „ si fondano su altre leggi del codice nelle quali si assume che il verbo

(*d*) Windscheid § 303, nota 7, Czyhlarz p. 413. Schupfer pagina 369, Baron § 343.

extare è preso giusto nel senso di "esistere nel patrimonio„. L'argomento apparisce assai debole: il significato proprio della parola *extare* è *esistere*, e non è molto logico, dall'essere stata qualche volta usata in un senso più particolare, indurre che sempre debba intendersi in quel modo.

Del che è singolare conferma appunto uno dei passi che essi citano, il quale si contiene nella L 6 § 11 Cod. 5, 9. dove è detto: " *Extantes autem res, si non fuerint alienatæ sive consumptæ vel suppositæ.*

Dalla quale legge si ricava in primo luogo come la parola *extantes* non stia semplicemente per alienate, ma abbia un senso specialissimo; secondariamente, ed è poderoso argomento contro l'opinione suddetta, come si sia inteso il bisogno, in quel dato caso, di illustrare e di spiegare la parola *extantes* per includervi anche il senso della alienazione.

La considerazione giuridica rafforza l'esame esegetico. Sarebbe infatti inconcepibile che mentre l'imperatore volle salvaguardare così scrupolosamente i diritti dotali, avesse poi voluto introdurre un'eccezione che distruggeva radicalmente la sua opera legislativa lasciando i diritti suddetti in piena balia del marito medesimo, il quale, alienandoli, li avrebbe senza rimedio sottratti alla moglie. E sarebbe inconcepibile uniformare una tale disposizione con quel diritto ipotecario privilegiato, che la donna certamente si ebbe sui beni del marito per garenzia della dote, diritto

che le permetteva di perseguitare la cosa anche nelle mani di un terzo che legittimamente la possedeva.

Più brevi potremo essere nell'esame del secondo punto controverso: sapere cioè, se le " *res æstimatæ* „ cui si accenna nella legge, si debbano intendere stimate *tassationis o venditionis causa*. Dal lato esegetico la quistione ci sembra appena discutibile, in quanto che tutte le volte che nelle fonti si incontra l'espressione "*æstimatæ*„ essa va sempre intesa nel senso di *venditionibus causa*.

Se il Windscheid, il Bechmann ed altri illustri romanisti vennero a così arbitraria opinione, egli è perchè sono sotto la preoccupazione di armonizzare questa disposizione, colla maniera colla quale essi interpretano il diritto concesso alla moglie dalla L. 30 medesima. E poichè essi ritengono che sia un' azione di rivendica, non poteano adattare questa azione alla persecuzione delle cose stimate *venditionis causa*, le quali, come giustamente obbiettava il Kindervater, sono divenute proprietà del marito nel vero senso della parola, non soltanto per una *subtilitas legis*.

La questione più ardente poi come già accennammo, e quella che più tiene discordi tutti i Romanisti, è di accertare la natura del dritto concesso alla moglie e come vada definita ed intesa l'azione accordata alla medesima.

Secondo il Bechman la proprietà ricade di pieno dritto alla moglie perchè essa ha un'azione reale coi

caratteri della rivendicazione e dell'azione ipotecaria colla quale agisce come se fosse sempre stata proprietaria degli oggetti dotali tuttora esistenti, quand'anche sieno stati alienati. Il Puchta, il Vindscheid e il Czyhlarz (*e*) ritengono che alla moglie ricada *ex nunc* la proprietà di quei soli oggetti dotali che non sieno stati validamente alienati e concedono inoltre alla moglie un'azione ipotecaria, contro gli altri creditori.

L'Ihering non riconosce cha una *rei vindicatio utilis* la quale non sarebbe che un'azione personale rinforzata, diretta contro il marito ed i suoi eredi; per costringerli al trasferimento della proprietà.

Secondo altri finalmente, la moglie non ha che un'ipoteca privilegiata sui proprii beni dotali come su quelli del marito.

Secondo il nostro modo di pensare, la quistione o meglio le tre quistioni tutte non hanno quella grandissima importanza che generalmente loro si dà, specie se si abbia riguardo alle pratiche conseguenze. Ciò premesso e venendo all'esame di esse, a noi sembra che possa ridursi ad un solo.

Tutte le difficoltà, tutti i dispareri da questo originano, dal volere cioè per forza cercare fra le righe di quella legge un dritto speciale accordato alla moglie, istituto giuridico di per se stante, che abbia dato

(*e*) Puchta § 412, Vindscheid § 503, Czyhlarz Riv. di Linde XX, 24.

vita ad un'azione che non sia nè l'ipotecaria nè la rivendicatoria, pure avendone i caratteri.

Or questo è per noi un errore fondamentale. L'imperatore volle cautelare la moglie, volle salva la sua dote; ecco il suo scopo, ogni fine per raggiungerlo gli parve buono: ma non per questo dee credersi che egli abbia dovuto necessariamente creare una nuova garenzia, un nuovo dritto, dal momento che le azioni esistenti erano bastevoli all'uopo. Ora è evidente che coloro i quali questo nuovo dritto, vogliono a forza rinvenire si trovano necessitati a definire prima quale sia l'indole di esso, e quale che sia la soluzione che accettano, incorrono sempre in qualche difficoltà del testo. Così coloro che dicono che sia azione di invendica, trovano l'ostacolo della espressione *sive æstimatæ sive non;* e poichè è impossibile ammettere una azione di rivendica sulle cose stimate, le quali indubitatamente son proprietà del marito, così forzano il senso della legge e spiegano il *sive æstimatæ* come *tassationis causa.* Coloro invece che ritengono essere una azione ipotecaria, se da un lato dicono che il *sive æstimatæ* vale *venditionis causa,* d'altro lato trovano un'ostacolo insormontabile in quelle parole della legge che dicono " *in his vindicandis* omnem prærogativam habere „ La legge è chiara e l'espressione *rivendicare* non dà luogo ad equivoci.

Per cercare di superare la difficoltà, rifacciamoci al testo e cerchiamo di leggere attentamente ciò che

l'imperatore Giustiano, si noti bene nell'anno 529, sanciva in questa sua famosa legge 30.

L'imperatore diceva cosi: Nelle cose dotali, siano mobili, immobili o se moventi, se tuttora esistono, siano stimate o no, la donna, dopo sciolto il matrimonio, ha ogni prerogativa nel rivendicarle e nessuno dei creditori del marito, che sono anteriori, potrà addurre causa più forte nel rivendicarle per ipoteca, essendo state quelle cose sin dal principio della moglie ed essendo naturalmente rimaste nel suo dominio. E continua: Laonde vogliamo che essa abbia in quelle cose un' azione come se fossero proprie e possegga un'ipoteca a tutte anteriore, affinchè, sia che si voglia intendere che le cose sono della moglie, sia che, secondo una sottigliezza di legge, sembri che nella sostanza pervengano del marito, *per utramque viam*, sia l'azione sulla cosa, sia l'ipotecaria a lei precipuamente provveda.

L'imperatore dunque dicendo " sulle cose dotali mobili immobili o se moventi „ aggiunge il " *si tamen extant* „ che si riferisce, secondo noi, giusto alle cose semoventi appunto perchè le più suscettibili a deperire. La moglie avrà due azioni; l'ipotecaria o la rivendicatoria a seconda che si ritenga che la proprietà è del marito o della moglie: e ciò si dice chiaramente: *per utramque viam sive in rem sive hypotecariam*. Ci pare quindi che gli interpetri si sforzino a crearsi delle difficoltà che non esistono, essi si

scervellano per ricercare di chi sia la proprietà della dote, quando l' imperatore stesso non lo volle dire, non solo, ma chiama ciò una *subtilitas legum*. A che ricercare di che natura sia il dritto concesso alla moglie, se sia rivendica o azione ipotecaria, quando Giustiniano con espressioni non equivoche volle accordare l'una e l'altra?

Qual è più la possibile disparità di opinioni sul *si tament extant*, quando, accordando le due azioni tanto la rivendicatoria che l'ipotecaria, la moglie aveva dritto di perseguitare ovunque il bene dotale? Qual'è più l'importanza della quistione sul *sive æstimatæ sive non* quando, anche ammesso che voglia spiegarsi col senso certamente erroneo del *tassationis causa*, la moglie si aveva sempre pieno dritto a perseguitare i beni dovunque?

Ed un raffrondo cronologico illustrerà dippiù il nostro concetto.

Questa legge famosa fu emanata nel 529; nel 530 poi fu stabilita l'ipoteca generale sui beni del marito, e solo nel 531 essa fu resa privilegiata (*l*).

Come ben si vede da questi dati cronologici, l'imperatore non aveva perciò ancora nel 529 stabilita quell'ipoteca generale sui beni del marito che venne di poi; e volendo garentire la moglie anche per le cose dotali *æstimatæ venditionis causa* che senza dubbio

(*l*) Ved. l'introduzione, in fine.

diventavano proprietà del marito ed anche per i capitali facilmente dissipabili, volendola garentire, ripeto, in ogni maniera, provvide saggiamente *sive ex naturali iure mulieris res esse intelligantur sive secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse* PER UTRAMQUE VIAM SIVE IN REM SIVE HYPOTECARIAM EI PLENISSIME CONSULATUR.

Se tale legge l'imperatore avesse fatto dopo quella nella quale accordò alla moglie l'ipoteca generale privilegiata su tutti i beni del marito, certo avrebbe commesso una superfluità, un pleonasmo, accordando questa azione ipotecaria sui beni dotali; ma la legge dell'ipoteca generale venne dopo, e ciò dimostra l'opportunità di quanto fu sancito in questa legge.

La conclusione di tutto il nostro ragionamento si è che l'imperatore volle accordare alla moglie tutte e due le azioni, cioè di rivendica e di ipoteca; e vorremmo anche dire che Giustiniano non lasciò all'arbitrio della moglie l'una o l'altra via, ma doveasi adoperare l'azione di rivendica in generale e l'azione ipotecaria per le cose costituite in dote con la vendita. Opinione però che noi proponiamo con ogni riserva, convenendo che essa non sia abbastanza fondata nella legge.

Nessuna difficoltà sorge per quanto riguarda le cose comprate con denaro dotale, poichè essendo esse ritenute come oggetti dotali (*g*) o quasi dotali, (*h*) ad

(*g*) L. 54, D. de i. d. 23, 3
(*h*) L. 22, D. h. t. 24, 3.

esse si applica l'azione sancita nella legge 30 citata, secondo esplicitamente si rileva dalla espressione generale di un'altra legge del Codice (*i*).

(*i*) L. 12. § 1, C. qui pot. in pignore, 8, 18.

V.

DRITTI EVENTUALI SPETTANTI AL MARITO

Passiamo ora all'ultima parte del nostro lavoro, meno difficile perchè meno controversa.

Per la valutazione definitiva dell'oggetto della restituzione, del *quantum* deve dal marito corrispondersi, interessa tenere bene presente, non solo le ragioni onde la dote si è accresciuta, ma anche quelle onde si diminuisce; ed è per questo che la ragion d'ordine porta di trattare ora la materia dei dritti eventuali spettanti al marito per le spese fatte.

Per spese, beninteso però, non s'intende affatto parlare di quelle per il mantenimento ordinario della cosa onde tenerla in condizione di fruttare, poichè saviamente osserva il giureconsulto *cum fructibus compensantur*. Nulla quindi può ripetere il marito per tali spese, poichè egli ricava quel dato frutto dal bene dotale, appunto perchè fa quelle spese di manutenzione necessarie (*a*).

Meno tali spese, il marito ha dritto di essere rimborsato di tutte le altre che per caso abbia potuto fare sulle cose dotali. Varia però assai la maniera;

(*a*) L. 7 § 16 D. h. t. 24, 3.

per determinare la quale, il dritto Romano divide tali spese in tre classi: necessarie, utili e voluttuarie.

Noi mano mano andremo definendo il modo d'intendere queste tre diverse classi di spese, e andremo nel tempo stesso deducendo dalle fonti di quali dritti il marito usava.

Spese necessarie. — Sono quelle spese, le quali, se non fossero state fatte, la cosa sarebbe o perita o di molto deteriorata *(b)*.

Del principio i giureconsulti fanno varie applicazioni ed esempii. Così, curare gli alberi, sostituire i mancanti, riparare la casa cadente, badare alla salute degli schiavi ed altre simili cose per le quali sono necessarie delle spese, ma tali spese sono quelle appunto che possono conservare il bene dotale.

Ulpiano dice doversi includere nelle spese necessarie quelle fatte nel campo purchè a perpetua utilità (*c*).

Rigorosamente, queste spese, appunto perchè aventi tale carattere, non potrebbero considerarsi come necessarie, ma il Giureconsulto volle forse accennare a quelle le quali, non fatte, deteriorano il fondo, fatte, lo rendono migliore e, di questi due concetti facendo prevalere il primo, dichiara quelle *spese necessarie* (*d*).

Vediamo ora il modo con cui il marito potrà rivalersi di tali spese, quali dritti gli sono accordati.

(*b*) L. 79, § 3, D. de verb. sign. 50, 16.
(*c*) L. 3. h. t. 25, 1.
(*d*) L. 1. 4, 12, 14, pr. 15, 16. D. eod. tit.

Principio di base si è che *necessariae impensae dotem minuunt.*

Ciò non importa però che le cose dotali corporalmente diminuiscano; se si tratta di somma in danaro, allora avviene la compensazione e quindi una diminuizione vera e propria; però se si tratta di altre cose, il marito ha dritto a ritenerle finchè non sia soddisfatto (*e*).

È appunto in questo senso che le istituzioni ci parlano di una *retentio propter impensas necessarias.*

Ma il vero concetto giuridico è sempre quello che la dote resta diminuita ed è così che si spiega come Giustiniano nella sua legge unica § 5 pare che non ammetta alcuna *retentio propter impensas* dapoichè le spese necessarie diminuiscono la dote e non è quindi rigorosamente a parlare di ritenzione, in questo caso.

A nostro modo di pensare ci sembra più corretto dire come dice la legge unica Codice cit., non esistere propriamente una *retentio propter impensas necessarias* ma piuttosto *detentio* , una espressione di cui lo stesso Ulpiano si serve, alla L. 5 pr. D. h. t. 25, 1.

La rigidità poi di questo concetto che la dote è diminuita *propter necessarias impensas* è meglio mostrata dalla quistione sollevata nel caso seguente :

Se la moglie paga le spese necessarie, è da ritenersi che la dote sia rimasta tale quale fu costituita o che si sia accresciuta ?

(*e*) L. 2. princ. D. h. t. 25. 1.

E Ulpiano (*f*) dice: *Non dubito dotem videri crevisse.*

É da osservare altresì che il denaro che il marito paga per causa del fondo dotale a titolo di *danno infetto* si considera come spese necessarie (*g*) e se per la medesima ragione egli rimase obligato, deve la moglie garentirlo contro qualsiasi molestia (*h*).

Spese Utili — Utiles autem impensæ sunt quas maritus utiliter fecit, remque meliorem uxoris fecerit (*i*).

Sono spese utili quelle che migliorano utilmente il bene dotale, come fare nuove piantagioni, costruire un mulino, scavare un pozzo e simili (*l*).

Per queste spese nessuna ritenzione è concessa al marito, ma solo un risarcimento con l'actio mandati o negotiorum è gestorum accordato a lui dall'imperatore.

Prima, nel dritto antico, competeva al marito (*m*) la *retentio*, ciò si argomenta da varie leggi del Digesto e dalla stessa legge unica del codice, dove anzi si dice che per dritto antico, tale *retentio* per le spese utili avveniva solo quando esse fossero state fatte col consenso della moglie.

Giustiniano tolse il dritto della *retentio* per le spese utili, e accordò, come sopra abbiamo detto, l'actio man-

(*f*) L. 5. § 1. D. h. t· 25, 1.
(*g*) L. 1. § 3, D. h. t. 25, 1.
(*h*) L. 55. D- sol. mat. 24, 3.
(*i*) L. 5. § 3 cit. L. 79, § 1. D. de, verb. sig. 50, 16.
(*l*) L. 6. ib. L' 10 14, § 1, D. ib.
(*m*) L. 7, § 16. D. s. m. 24, 3. L. 7. § 1 L. 8. D. h. t. 25, 1.

dati quando per quelle spese sia concorsa la volontà della moglie, e l'actio negotiorum gestorum quando il marito le avesse fatto senza interrogare la moglie.

Spese Voluttuarie — Ciò che per spese voluttarie s'intenda, ce lo dicono le leggi sopra citate; (*n*) esse sono le spese di mero ornamento che abbelliscono il bene dotale, ma non l'accrescono in nessun modo.

Per esse il marito, purchè siano separabili, ha il *ius tollendi,* cioè può rimuoverle; però se la moglie tiene ad averle e non vuole che siano tolte, allora è obbligata a pagare il corrispettivo al marito (*o*).

(*n*) L. 79, § 2. D. de. verb. sign. 50, 16; L, 14, § 2, D. h. t.
(*o*) L. 9. L. 11. D. h. t. 25, 1.

AMM. PROV. DI TORINO
№ 15659
BIBLIOTECA
115712

INDICE

Introduzione . . . . . Pag. 5

I. A chi e contro chi competa l'azione . . . „ 17
II. Oggetto. . . . . „ 27
Sezione I. — Oggetto principale. . . . . „ ivi
Sezione II. — Accessioni . . . . . „ 42
III. Tempo . . . . . „ 53
IV. Azioni e privilegî . . . . . „ 56
V. Diritti spettanti al marito . . . . . „ 67

Prezzo L. 2.